جامعة القاهرة
كليــة الحقــوق
قسم القانون العام

التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية

(دراسة تطبيقية مقارنة)

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث/ فيصل خالد المكراد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ محمــد محمــد بدران أستاذ القانون العام ووكيل كليــة الحقــوق – جامعــة القاهرة الأسبق	رئيســاً
الأستاذ الدكتور/ جابـــر جـــاد نصــار أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ورئيس جامعة القاهرة	مشرفاً وعضواً
الأستاذ الدكتور/ محمد ماهر أبو العينين نائـــب رئيـــس مجلس الدولـــة	عضــواً

٢٠١٣

مقدمـــة

تزايدت في الآونة الأخيرة أهمية دراسة العقد الإداري وذلك لتـــشعب نشاطات الإدارة وتغلغلها في كافة نشاطات الدولة المتزايدة... حيـــث لا يمـــل الأفراد من مطالباتهم للدولة بالمزيد ، وتسعى الدول جاهدة إلى تحقيق رفاهية شعوبها، ومن الوسائل التي تستخدمها الجهات الإدارية لتحقيق هذه المطالب (العقد الإداري) لذا ازدادت أهمية الدراسات المتخصصة فيه.

ولكي تقوم الإدارة بمزاولة نشاطها باعتبارها سلطة عامـــة تـــستخدم هذه الوسيلة – ضمن وسائل أخرى– لتحقيق أهدافها، ويختلف هذا العقد عن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم – ومن هنا ستعرج الدراسة إلى بيـــان ذلك، كما تختلف أساليب إبرام هذا العقد على ما سيأتي عن عقود الأفراد، لذا حظي هذا العقد بعناية تشريعية خاصة، ونظرا للطابع الشخصي الذي يتميز به العقد الإداري، فإننا نجد أن فكرة التعاقد من الباطن لم تجد لها صدى كبيـــراً بين جنباته وفى رحابه وهو ما أكده المشرع المصري والكويتي على أهميـــة الطابع الشخصي للعقد الإداري.

ولكن شيئا فشيئا ظهرت هذه الفكرة – التعاقد من الباطن في العقـــود الإدارية – وذلك لأسباب ستُعرض في جزء من هذه الدراسة حيـــث تطـــورت هذه الفكرة تطورا ملحوظا بعد الحرب العالمية الثانية وخاصة في القطاعـــات الصناعية الكبرى.

وإذ أصبحت فكرة المقاولة من الباطن حقيقة ثابتة في ظـــل التطـــور الإداري المعاصر، فقد قررت القوانين حماية المقاول من الباطن، وظهرت هذه الفكرة في فرنسا في قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ حيث قرر له هذا القانون وسيلتين من وسائل الحماية وهما الدفع المباشر والدعوى المباشرة ستتناولها الدراسة بالتفصيل، حول ماهية كل منها وإجراءاته ونطاق تطبيقه.

وإذا استغلقت الطرق أمام المقاول من الباطن في اقتضاء حقه بأي من هاتين الطريقتين، فهناك أيضا ضمانات إضافية قد تقررت للمتعاقد من الباطن للحصول على جزء من حقوقه كفلها وخولها له القانون، وهـــي مـــا تعـــرف

بوسائل الحماية الاحتياطية أو الضمانات الإضافية - لأن المقاول من الباطن لا يلجأ إليها إلا عند استغلاق جميع السبل السابقة أمامه وهي بالطبع لا تمنحه إلا حماية جزئية - على ما سيأتي تفصيلا- وهذه الوسائل هي دعوى الإثراء بلا سبب، وامتياز (بلوفيز)، شريطة أن يقوم المقاول من الباطن ببعض الإجراءات التحفظية التي تسمح له بالتقدم على الدائنين الآخرين إضافة إلى ضمانة أخرى قررها القانون الفرنسي للمقاول من الباطن تعرف بمبدأ (عدم الحجية) حيث جعل التعاقد من الباطن حجة على المتعاقد الأصلي لا حجة له، كما قرر للمتعاقد من الباطن وسيلة الدعوى غير المباشرة والمسئولية عن خطأ الإدارة.

نطاق الدراسة:-

ومما تقدم فإننا سنتناول من خلال هذا البحث موضوع التعاقد من الباطن في العقود الإدارية بدراسة تطبيقية مقارنة بالتعرض للعقد الإداري والمقاولة من الباطن بتناول الأسس العامة للعقود الإدارية، ببيان معنى العقد الإداري والعناصر المميزة له والعقد الإداري في الكويت، وتناول المقاولة من الباطن وإطارها وخصائصها، بتعريف المقاولة من الباطن وخصائصها والتعاقد من الباطن في العقد الإداري بمفهوم ذلك، ومدى مشروعية التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية، والجهة المختصة بنظر المنازعات الناجمة عنه واستعراض الآثار القانونية المقررة لحماية المقاول المقبول من الباطن عن طريق الدفع المباشر وماهيته ونطاق تطبيقه، وإجراءاته، وشروطه، والصعوبات والمشكلات التي تتعلق به، وتناول الدعوى المباشرة بمفهومها وطبيعتها القانونية وإجراءاتها وآثارها.

وستتناول الدراسة الضمانات الإضافية للمتعاقدين من الباطن وهي الإثراء بلا سبب بتمييزها عن الصور المشابهة لها ودورها في حماية المتعاقد من الباطن وأحكام تطبيق هذه النظرية وتناول الوسائل الأخرى في هذا المضمار وهي مبدأ عدم الحجية وامتياز (بلو فيز) والمسئولية عن خطأ الإدارة والدعوى غير المباشرة.

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة
مقدمة	١
الباب التمهيدي	
العقد الإداري والمقاولة من الباطن	
الفصل الأول: الأسس العامة للعقود الإدارية	٩
المبحث الأول: معنى العقد الإداري	٩
المبحث الثاني: العناصر المميزة للعقد الإداري	١٢
المبحث الثالث: العقد الإداري فى الكويت	٢٤
الفصل الثاني: المقاولة من الباطن " إطارها وخصائصها وتميزها	٢٧
المبحث الأول: تعريف المقاولة من الباطن	٢٨
المبحث الثاني: خصائص المقاولة من الباطن وإطارهـا القـانوني وتميزها	٣٨
الفصل الثالث: التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية ...	٥١
المبحث الأول: مفهوم التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية.	٥١
المبحث الثاني: خصائص التعاقد من الباطن فـي مجـال العقـود الإدارية وشروطه وفائدته الاقتصادية	٥٦
المبحث الثالث: مدى مشروعية التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية والجهة المختصة بنظر المنازعات الناجمة عنها	٦٦
الفصل الرابع: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من البـاطن في نطاق العقود الإدارية	٨٣
المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد مـن البـاطن غير المقترن بموافقة الإدارة	٨٤
المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية المقتـرن بموافقـة الجهـة الإدارية	٩٤

الموضـــوع **الصفحة**

الباب الأول
حماية المقاول المقبول من الباطن

الفصل الأول: السداد أو الدفع المباشر ١٠٩
المبحث الأول: ماهية الدفع المباشر وطبيعته ١١٢
المبحث الثاني: نطاق تطبيق السداد المباشر وإجراءاته وشروطه. ١٢٠
المطلب الأول: نطاق تطبيق السداد المباشر ١٢١
المطلب الثاني: إجراءات السداد المباشر ١٢٣
المطلب الثالث: شروط السداد المباشر ١٢٧
المبحث الثالث: الصعوبات والمشكلات التى تتعلق وتربط بالسداد المباشر ١٣٥
الفصل الثاني: الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن ١٤٧
المبحث الأول: مفهوم الدعوى المباشرة وطبيعتها القانونية ١٤٨
المطلب الأول: مفهوم الدعوى المباشرة ١٤٩
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة وآثارها ١٥٩
المبحث الثاني: إجراءات وأثار الدعوى المباشرة ١٦٦
المطلب الأول: إجراءات الدعوى المباشرة ١٦٧
المطلب الثاني: آثار الدعوى المباشرة ١٧٤

الباب الثاني
الضمانات الإضافية للمتعاقد من الباطن

الفصل الأول: رجوع المتعاقد من الباطن على الإدارة استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب ١٨٧
المبحث الأول: تمييز الإثراء بلا سبب عن الصور المشابهة له وشروط تطبيق الاثراء بلا سبب ١٩٠
المطلب الأول: تمييز الإثراء بلا سبب عن الصور المشابهة له.. ١٩٠
المطلب الثاني: شروط تطبيق الإثراء بلا سبب فى مجال المقاولة من الباطن ١٩٤

الموضـــوع **الصفحة**

المبحث الثاني: دور الإثراء بلا سبب في حماية المتعاقد من الباطن وأحكام تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ٢١٦
المطلب الأول: دور الإثراء بلا سبب في حماية المتعاقد من الباطن ٢١٦
المطلب الثاني: أحكام تطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب ٢٢٢
الفصل الثاني: مبدأ عدم الحجية وامتياز بلوفيز والمسئولية عن خطأ الإدارة والدعوى غير المباشرة ٢٢٩
المبحث الأول: مبدأ عدم الحجية وامتياز بلوفيز Pluviôse ٢٢٣٠
المطلب الأول: مبدأ عدم الحجية المقرر لمصلحة المتعاقد من الباطن ٢٣١
المطلب الثاني: امتياز Pluviôse ٢٣٤
المبحث الثاني: المسئولية عن خطأ الإدارة والدعوى غير المباشرة ٢٤٣
المطلب الأول: المسئولية التقصيرية لرب العمل ٢٤٤
المطب الثاني: الدعوى غير المباشرة ٢٥٧
الخاتمة ٢٧١
المراجع ٢٧٧
الفهرس ٢٩٥